

PARECER JURÍDICO  
**LIMITES À LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA  
ERRO SOBRE A FACTUALIDADE TÍPICA**

---

**Maria João Mimoso**

DOUTORA EM DIREITO  
DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUCALENSE INFANTE D.HENRIQUE

**Bárbara Magalhães**

MESTRE EM DIREITO  
DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUCALENSE INFANTE D.HENRIQUE



PARECER JURÍDICO

## **Limites à livre apreciação da prova**

### **Erro sobre a factualidade típica**

---

**Maria João Mimoso**

DOUTORA EM DIREITO  
DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE INFANTE D. HENRIQUE

**Bárbara Magalhães**

MESTRE EM DIREITO  
DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE INFANTE D. HENRIQUE

**Referência: Processo de inquérito n.º xxx**

**Arguido: M**

#### **I- Da decisão:**

O arguido, **M**, foi condenado pela prática, como autor material, de um crime de abuso sexual de criança, *p. e p.*, pelo art.º 172º, n.º 2 do C. Penal, na redacção anterior à introduzida pela lei, n.º 59/2007 de 4/9, na pena de 4 anos de prisão e de um crime de ato sexual com adolescente, *p. e p.*, pelo art.º 174º do C. Penal, na redacção anterior à introduzida pela lei n.º 59/2007, na pena de 10 meses de prisão.

Em cúmulo jurídico, foi o arguido condenado na pena única de 4 anos e 3 meses de prisão, suspensa na execução por igual período, acompanhado de sujeição do arguido a regime de prova, mediante plano individual de readaptação social a realizar pela DGRS.

A condenação assenta nos seguintes factos dados como provados:<sup>1</sup>

- a. A arguida O é mãe das ofendidas I, nascida a 7 de Agosto de 1993 e G, nascida a 24 de Abril de 1991.
- b. O arguido M nasceu em 16/6/1948.
- c. O arguido M emprestou dinheiro à arguida O, o que esta contou às ofendidas.
- d. Em data não concretamente apurada, a arguida O apresentou o arguido M às ofendidas G e I, dizendo-lhes que o mesmo se chamava “W”.

---

<sup>1</sup> Transcrição dos factos provados constantes do respetivo acórdão a fls. 3 a 9.

- e. O arguido M, então, deu boleia à arguida O e às suas filhas G e I transportando-as de ... para....
- f. Noutra ocasião, o arguido M e a arguida O, na companhia das ofendidas G e I, deslocaram-se a um café, tendo o arguido oferecido um gelado às ofendidas.
- g. Depois disso, o arguido contactou com a G, dizendo-lhe que lhe queria oferecer um presente, tendo-a levado a um Centro Comercial em..., acompanhando-a a lojas nesse mesmo Centro Comercial onde lhe comprou um bikini e uma carteira.
- h. Posteriormente, em data não concretamente determinada, mas seguramente no ano de 2007, após o anoitecer, e de acordo com combinação previamente estabelecida, através de contacto para o telemóvel da ofendida G, o arguido M foi buscar a G a local não concretamente apurado, fazendo-se transportar no veículo automóvel de marca Y, modelo Z, com matrícula 00-00-00 tendo ambos seguido até junto de uma praia, sita em ..., dizendo-lhe que a levaria até um café.
- i. Uma vez ali, num local ermo, após terem conversado, o arguido disse à ofendida G que tirasse as calças, tendo o arguido colaborado na retirada de tal peça de roupa, tendo ele calçado umas luvas de látex.
- j. Seguidamente o arguido M afastou as cuecas que a ofendida G envergava, e colocou as mãos na vagina da ofendida, abrindo-a, e introduziu-lhe os dedos ali friccionando durante alguns minutos.
- l. A ofendida disse ao arguido M que não queria e que se queria ir embora.  
Em seguida a G vestiu-se e o arguido levou-a de regresso a casa.
- m. Em data não concretamente apurada, mas na Primavera do ano de 2007, o arguido combinou com a I um encontro a sós junto ao Campo de Futebol ..., nesta cidade.
- n. O arguido fazia-se transportar no veículo automóvel de marca Y, modelo Z, com matrícula 00-00-00, e nele entrou a menor, tendo-a conduzido para junto de uma praia, sita em ..., onde estacionou o veículo.
- o. No interior do veículo, o arguido começou a beijar a menor, despindo-a ao mesmo tempo que desapertava as suas calças e as descia.
- p. Após ter colocado um preservativo no seu pénis erecto, o arguido colocou-se em cima da Inês e introduzindo o pénis na sua vagina, ali friccionou até ejacular.
- Q Seguidamente retirou o preservativo e deitou-o pela janela.
- r. O arguido M agiu sempre livre, consciente e voluntariamente.
- s. O arguido quis praticar com as ofendidas actos sexuais abusivos, contra a autodeterminação daquelas e para sua excitação e satisfação do instinto sexual, o que conseguiu.
- t. O arguido foi ganhando a confiança da ofendida G e, abusando da sua inexperiência, conseguindo introduzir os seus dedos na vagina da ofendida, o que bem sabia e quis.
- u. O arguido tinha conhecimento da idade das ofendidas.

*Mais se provou que:*

v. Os arguidos não têm antecedentes criminais.

w. O é oriundo de um agregado numeroso de nível socio-económico e cultural humilde, cuja dinâmica é referenciada como se tendo pautado desde cedo por registo de estabilidade, face a um contexto de grande carência económica e contração

dos processos educacionais na figura materna, num modelo convencional de pouca participação do progenitor na gestão educacional dos sete filhos do casal.

x. O processo de escolarização da arguida decorreu isento de irregularidades, com conclusão da 4ª classe aos 11 anos de idade.

y. Manteve com casamento por um período de 17 anos, tendo na constância do casamento nascido os seus dois filhos mais velhos.

z. A arguida situa o nascimento da sua filha mais nova, resultado de relacionamento extraconjugal, que descreve como isento de qualquer tipo de envolvimento emocional e inscrito num registo de troca de práticas sexuais por recompensa financeira, segundo relata, para liquidar dívidas e despesas correntes, não suportadas pela economia familiar.

aa. À data dos factos descritos, a arguida residia com as duas filhas (o filho ficara entregue ao ex-cônjuge na sequência do divórcio) numa pequena habitação arrendada, inserida numa ilha na zona ..., para onde se mudara, após um longo período de permanência na casa da sua progenitora, até ao ano de 2005. A progenitora instituiu-se como fator de proteção, ainda que frágil, para apoiar O na gestão familiar e educacional com as duas filhas menores. A arguida vivenciava uma situação de forte instabilidade pessoal, situação agravada, no entretanto pelo quadro de descompensação psíquica vivenciada.

bb. A desorganização familiar gerava fatores de risco acrescidos para o crescimento das duas filhas, num modelo familiar disfuncional, caracterizado pela diluição de papéis familiares e de regras sociais, nomeadamente de modelos de autoridade e de registo de relativa difusão dos limites ético-morais na construção dos repertórios comportamentais dos elementos desta matriz familiar.

cc. Na época, O tinha cessado atividade profissional que desenvolvia numa escola como auxiliar de ação educativa, por motivos de saúde que conduziram a um curto internamento no Hospital... e acompanhamento psiquiátrico em regime ambulatorio durante um ano.

dd. O estado psíquico vivenciado, associado à situação de inatividade laboral da época, potenciaram a dimensão de risco já existente quanto à manutenção de práticas de prostituição que decorriam numa residencial sita na zona de ..., mantendo dupla atividade neste espaço, uma vez que também executava, segundo alega, tarefas de limpeza que eram remuneradas.

ee. No presente momento, a arguida é responsável pela gestão familiar, assumindo as despesas de arrendamento e de manutenção total no valor de 400€ através da gestão restritiva dos rendimentos mensais relativos à prestação que auferi no âmbito do Rendimento Social de Inserção, de 425,50€ (este valor integra a filha mais nova, só a partir do passado mês de Abril), e do valor

116,32€ relativo ao vencimento auferido numa firma de limpezas "... – multiserviços, S.A., onde desenvolve atividade em regime de part-time, duas horas diárias. Os seus rendimentos são, ainda, acrescido mensalmente pela comparticipação que uma tia da arguida lhe oferece em troca da prestação de cuidados pessoais e da habitação, sendo o valor irregular.

ff. Na comunidade vicinal próxima, caracterizada por registo de urbanidade e anonimato, o atual confronto judicial da arguida não é conhecido, beneficiando esta família de imagem marcada por padrões de vida quotidianos consonantes com os parâmetros normativos.

gg. O processo de socialização de M decorreu em meio rural inserido na freguesia de ..., concelho de..., integrado no agregado familiar dos avós maternos a partir dos 4 anos de idade, na sequência da emigração dos progenitores e dois irmãos mais novos para a ....

hh. Neste agregado, o ambiente familiar pautou-se pela transmissão de valores e normas socialmente ajustadas, existindo, entre os elementos da família, laços de proximidade e afetividade, sem registo de ações punitivas ao nível físico e/ou emocional.

ii. O arguido reintegrou o agregado familiar de origem a partir dos 13 anos, após o regresso dos pais e irmãos da ..., vivenciando um relacionamento ajustado com estes.

jj. M ingressa no sistema de ensino em idade regular, apresentando um percurso escolar adequado ao nível dos comportamentos e de convivência entre pares, assim como gosto pela aprendizagem escolar, com a conclusão do 12º ano no Colégio V. Regista posterior frequência universitária no curso superior de Engenharia Química na Universidade de ..., que vem a abandonar no 3º ano.

kk. Convocado para cumprimento do serviço militar obrigatório, completa o curso de Oficiais Milicianos, em ..., seguindo-se o curso de Capitães em Angola, já em pleno período de guerra colonial. Mobilizado para a Guiné em 1972/1973, M sofre ferimentos em combate com gravidade, passando posteriormente à situação de reformado do exército a partir de 1979.

ll. Mantém sequelas físicas dos ferimentos, assim como de stress pós-traumático.

mm. M fixa residência em... após regresso a Portugal, frequentando o curso superior de Medicina, na Faculdade de Medicina ...durante 3 anos.

mm. Depois trabalhou durante alguns períodos na área comercial de empresas do ramo imobiliário e da cortiça até 2005, ano em que passou a dedicar o seu tempo aos cuidados da família constituída e principalmente ao progenitor, com doença de Alzheimer.

oo. O arguido manteve duas relações afetivas significativas, com a concretização de um casamento de cerca de 5 anos e a atual união de facto que o arguido mantém há 18 anos com L.

pp. À data dos factos, M permanecia integrado no seu agregado familiar com a companheira, L e filho do casal, menor de idade.

qq. O grupo familiar residia em apartamento de tipologia 3, situado em pleno centro urbano de... e referenciado como tendo boas condições de habitabilidade e conforto, onde o arguido permanecia grande parte do seu tempo quer em tarefas do foro doméstico e de apoio ao filho

menor, atendendo à atividade profissional da sua companheira, quer na prestação de cuidados ao progenitor, doente de Alzheimer e residente em apartamento contíguo.

rr. M tem tentado proporcionar ao progenitor as condições necessárias à sua manutenção no seu espaço habitacional de referência, assumindo, juntamente com uma empregada no período da manhã, a prestação de cuidados de higiene, alimentação e acompanhamento diverso ao mesmo.

ss. Atualmente o arguido permanece integrado no agregado familiar constituído, junto da companheira, 42 anos de idade, professora do ensino secundário... e filho de 13 anos, estudante no 8º ano na escola secundária ..., em ....

tt. A companheira expressa inteira disponibilidade de apoio e de suporte ao companheiro.

uu. A situação económica apresenta estabilidade, com os rendimentos do casal a ascenderem a cerca de 4 mil euros, entre a reforma do arguido e vencimento da companheira.

vv. O arguido convive essencialmente com elementos do grupo familiar, com o quotidiano a centrar-se sobretudo nessa convivência, não tendo atividade de tempos livres estruturada.

### **III – Questões de direito colocadas:**

#### **A) Limites à livre apreciação da prova**

#### **B) Erro sobre a factualidade típica**

#### **A) Limites à livre apreciação da prova**

##### Fundamentação teórica:

Uma decisão sobre a factualidade não se apresenta incólume perante a necessidade do julgador ter formado a sua convicção acerca da realidade que lhe foi submetida. “*A objetividade decorrente da prova produzida perante o julgador é trespassada pela natural subjetividade deste*”.<sup>2</sup> Sabemos que a decisão assenta num juízo valorativo acerca dos factos provados no processo e da consequente atividade probatória expendida.

Os factos podem ter sido carreados pelos intervenientes processuais, como, também, podem decorrer da atividade autónoma da investigação. A doutrina em geral, quanto aos factos designados extra processuais<sup>3</sup>, tem-se manifestado pela sua não admissibilidade.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*, Coimbra; Coimbra Editora, 2011, p. 17.

<sup>3</sup> Também designados por ciência extra-processual.

<sup>4</sup> Contudo, há quem defenda uma posição algo mitigada sobre o assunto: “...entendemos que o recurso a factos adquiridos em âmbito extra-processual estará absolutamente excluído quando os mesmos resultarem de uma atitude unilateral do próprio julgador, designadamente os factos que promanam da ciência privada, sem que esses factos tenham sido levados ao conhecimento dos intervenientes processuais (à acusação e à defesa), isto é, sem que tenham tido reflexo na matéria de facto sobre a qual recaiu o juízo valorativo incerto na decisão penal, por a isso obstar o fim último da tutela penal da proteção da dignidade humana do arguido, afastando-se a possibilidade de este ser surpreendido por uma decisão fundada em matéria de facto subtraída ao exercício do contraditório”. CF, NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*, Coimbra; Coimbra Editora, 2011, p. 23.

Não esqueçamos que “ *as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”, artigo 341º do C. Civil.

Contudo, a prova produzida deve, necessariamente, ser analisada sob três óticas diferentes: como atividade probatória, como meio de prova e como resultado daquela atividade.

Parafraseando Paulo Sousa Mendes diremos que a primeira traduz-se no “*esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime; a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*”; a segunda, diz respeito aos “*elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados*”; e a terceira, prende-se com “*a motivação da convicção da entidade decidente acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica*”.<sup>5</sup>

A prova produzida não é, pois, um fim em si mesmo, mas um meio conducente a formar e justificar a valoração do julgador em que assenta a decisão. Toda a atividade probatória deve evidenciar um juízo e um percurso lógico para que possa ser apreendida e, quiçá, compreendida pela comunidade envolvente.

A decisão do julgador é enformada e parametrizada pelos juízos que o mesmo foi construindo ao longo do processo, partindo dos factos, seleccionando-os em termos de relevância e valorando-os em termos de comportamento, repreensível ou não, dentro e de acordo com o sistema jurídico em causa.

Sabemos que o legislador português optou por uma construção do processo penal assente numa estrutura acusatória, ainda que integrada pelo princípio da investigação. Daí as duas grandes fases do processo: a preparatória e a de julgamento.

Situando-nos na segunda fase, diremos que ao julgador não são fornecidos critérios legais que se pré-imponham à valoração da prova.<sup>6</sup>

Partindo de um pensamento silogístico, diremos:

O julgador, produzida a prova durante a audiência de julgamento, apreciando as circunstâncias concretas, decidirá com base nas regras da experiência e de acordo com a sua convicção.<sup>7</sup>

Ao decidir deve fundamentar a sua decisão em critérios objectivos.

Logo, a decisão tem de ser controlável.

Não esqueçamos que o julgador quando valora os factos - a prova dos mesmos - fá-lo através de um ato criador.

---

<sup>5</sup> MENDES, Paulo Sousa, As Proibições de Prova no Processo Penal, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, p. 133.

<sup>6</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal (lições coligidas)*, Secção de textos da FDUC, Coimbra, 1988/9.

<sup>7</sup> *Ibidem*

Decide, em cada caso, segundo a sua consciência. “ *A valoração da prova demonstra uma dinâmica axiológica a cargo do próprio julgador, sem que este esteja vinculado a critérios fixados na lei, de cuja conjugação no sistema da prova legal, resultaria do acerto decisório*”.<sup>8</sup> “ ... ” (A) *decisão penal é, inegavelmente, produto de um ato humano...*”.<sup>9</sup>

Germano Marques da Silva defende que “ (É) ...*geralmente reconhecido que a convicção íntima não é por si critério de verdade e também seria erro grosseiro pensar que as regras legais quanto ao valor das provas eram necessariamente arbitrárias. Elas assentavam na experiência comum representavam a estratificação de conhecimento empírico obtido através dos séculos*”.<sup>10</sup>

Quando falamos de convicção livre e íntima, falamos de um meio para atingirmos a descoberta da verdade.

Como diz Cavaleiro Ferreira, “ (é) *uma conclusão livre, porque subordinada à razão e à lógica. E não limitada por prescrições formais exteriores*”.<sup>11</sup>

Semelhantes considerações são tecidas por Figueiredo Dias. O autor afirma que “*a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada «verdade material» -, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral suscetível de motivação e de controlo (possa a lei renunciar à motivação e ao controlo efetivos)*”.<sup>12</sup>

O princípio da livre apreciação da prova, norteador de todos os atos processuais, comporta, porém, limites e reservas. Limites, quanto a determinados meios de prova e, reservas, relativamente à sentença.

Porque no processo em análise se privilegiou a prova testemunhal<sup>13</sup> caber-nos-ão as seguintes considerações: para este meio de prova, via da regra, aplica-se o princípio da livre apreciação, à exceção do testemunho do “ouvir dizer” - depoimento indireto, artigo 129 e artigo 128º, nº 1 do CPP.<sup>14</sup>

É no âmbito da prova testemunhal que os princípios da imediação e da oralidade ganham dimensão. A convicção do julgador é formada não só pelo que a testemunha fala, mas pelas declarações implícitas nos seus gestos, nas atitudes face às questões colocadas, nos seus modos de reação, etc.

---

<sup>8</sup> NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*, Coimbra; Coimbra Editora, 2011, p. 57.

<sup>9</sup> *Ibidem*, *nosso* sublinhado.

<sup>10</sup> Cf. *Curso de Processo Penal, II Volume*, Lisboa, São Paulo, Editorial Verbo, 4ª edição revista e atualizada, 2008, p. 148.

<sup>11</sup> *Curso de Processo Penal, II volume*, Coimbra, Editora Danúbio Lda., 1956, p. 298.

<sup>12</sup> Cf. *Direito Processual Penal, I volume*, Coimbra; Coimbra Editora, 1974, pp. 202-203. *Nosso* sublinhado.

<sup>13</sup> Preconizamos um sentido lato da prova testemunhal abrangendo esta o depoimento dos ofendidos.

<sup>14</sup> “*O critério operativo da distinção entre depoimento direto e depoimento indireto é o da vivência da realidade que se relata: se o depoente viveu e assistiu a essa realidade, o seu depoimento é direto; se não, é indireto*” in Acórdão da Relação do Porto de 9-02-2011, Rec. Penal nº 195/07. 1GACNF.P1-1ª Secção.

Ora, a liberdade de apreciação da prova não significa que o julgador possa, no momento valorativo da mesma, tomar uma decisão consoante o seu livre arbítrio, sem que aquela corresponda materialmente a um suporte probatório.

O julgador não se encontra adstrito a critérios legais valorativos, pré-estabelecidos.

Em sede probatória serão “*admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”. Consagra-se o princípio da não taxatividade dos meios de prova. Porém, o julgador, de acordo com o disposto no artigo 126º do CPP, encontra-se limitado pelos métodos proibidos de prova, abrangendo estes os meios de prova e os meios de obtenção da prova. O legislador, com o intuito de proteger os direitos dos cidadãos, proíbe certos meios, configurando, assim, meios de tutela legais. Os meios de obtenção são os previstos nos artigos 171º a 190º do referido código.

Não poderemos deixar de sublinhar as proibições de prova relacionadas com o princípio da imediação e, como tal, decorrentes do Estado de Direito e das garantias de defesa.

Falamos, principalmente, das convicções pessoais, artigo 130º do CPP.

Conforme diz Paulo Pinto de Albuquerque, “*a proibição de prova relacionada com a violação do princípio da imediação constitui um vício do modo de convicção do tribunal, cuja repercussão é a nulidade da prova proibida quando ela venha a ser valorada na sentença (artigo 32, nº 8, da CRP).*”<sup>15</sup>

A sentença poderá vir a ser impugnada nos termos do disposto no artigo 379º do CPP.

**A livre convicção do juiz, em sede de crime de abuso sexual de menores, merece-nos algumas considerações adicionais.**

Como constatámos, “a livre apreciação da prova, que estrutura a formulação da convicção do julgador, o seu juízo crítico e rigoroso sobre toda a prova produzida em julgamento, não pode ser entendida como uma operação puramente subjetiva, emocional e imotivável. A valoração da prova para a convicção de condenação ou de absolvição tem de ser racional, objetiva e crítica de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos. Só assim permite ao julgador objetivar a apreciação dos factos para efeitos de garantir uma efetiva motivação da decisão.

*O juízo crítico e rigoroso sobre a prova e a sua ligação a cada facto a provar, sendo a tarefa mais difícil do julgador, é o momento determinante para termos uma decisão de qualidade. A fundamentação da matéria de facto, (provada ou não provada) e o grau de certeza e de convicção na motivação são os ingredientes indispensáveis de qualquer sentença. O que custa é arrumar os factos e valorar o grau de credibilidade da prova. Se assim agir qualquer juiz cumpre a sua missão.*

---

<sup>15</sup> Cf. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2007, pp. 333 e 334.

*O princípio da livre apreciação da prova não é absoluto, sofre limitações que decorrem do grau de convicção exigido para a decisão, da proibição dos meios de prova, da observância da presunção de inocência e da salvaguarda do «princípio in dubio pro reo».*<sup>16</sup>

Relativamente ao princípio *in dubio pro reo* impõe-se afirmar que o mesmo implica que não possamos considerar provados os factos que, apesar da prova produzida, “*não possam ser subtraídos à “dúvida razoável” do tribunal*”.<sup>17</sup> Isto significa que sempre que o tribunal se depare com um facto pouco claro, que lhe levante dúvidas (*non liquet*), deverá, o mesmo, em sede probatória, ser valorado a favor do arguido. A sua violação como princípio de direito, ainda no que concerne a matéria de facto, configura uma autêntica questão de direito.<sup>18</sup>

A dúvida razoável torna impossível a determinação da convicção do tribunal sobre a realidade de um facto.

Sublinhamos que “*...a livre apreciação exige a convicção para lá da dúvida razoável; enquanto o princípio in dubio pro reo impede (limita) a formação da convicção em caso de dúvida razoável. Constituindo, pois, como que a face e o verso da realidade: a livre convicção cessa perante a dúvida razoável e a dúvida não pode aceitar-se quando não for razoável*”.<sup>19</sup>

*“Na busca da verdade material, da verdade possível que baste, existem vários graus de convicção. Nos crimes de abuso sexual, sendo de prova difícil, porque entre o abusador e a vítima não está mais ninguém, muitas vezes, a rainha das provas só pode ser a prova testemunhal, ou seja, a vítima...*

*A prova testemunhal assente no depoimento da vítima abusada é legal e admissível. Na ausência de outros elementos probatórios, perícias e outros, os indícios da verificação do facto têm de ser fortes e reveladores de uma convicção indubitável de condenação porque o seu resguardo é apenas a credibilidade do depoimento da vítima violada. Só com a prova testemunhal a credibilidade e os indícios têm de ser fortes*.<sup>20 21</sup>

---

<sup>16</sup> Rangel, Rui, Correio da Manhã, 16.09.2010.

<sup>17</sup> Acórdão da Relação do Porto, 4ª secção (2ª secção criminal), Proc. nº 564/07.8PAVCD.P1

<sup>18</sup> Cf., Medina Seíça, *Liber Discipulorum*, p. 1420.

<sup>19</sup> Palestra sobre o tema: Presunção de Inocência do Arguido/Prova por presunções, sem Autor, conferência no CEJ, consultado dia 15.06.2012 [www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/.../valora\\_prova\\_ppenal.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/.../valora_prova_ppenal.pdf)

<sup>19</sup> Rangel, Rui, Correio da Manhã, 16.09.2010.

<sup>19</sup> Nosso sublinhado.

<sup>20</sup> Rangel, Rui, Correio da Manhã, 16.09.2010.

<sup>21</sup> Nosso sublinhado.

Do caso concreto:

Resulta do acórdão condenatório relativo ao processo supra identificado a condenação de **M** pela prática, como autor material, de um crime de abuso sexual de criança, *p. e p.*, pelo art.º 172º, n.º 2 do C. Penal, na redação anterior à introduzida pela lei, n.º 59/2007 de 4/9, na pena de 4 anos de prisão e de um crime de ato sexual com adolescente, *p. e p.*, pelo art.º 174º do C. Penal, na redação anterior à introduzida pela lei n.º 59/2007, na pena de 10 meses de prisão. Em cúmulo jurídico, foi o arguido condenado na pena única de 4 anos e 3 meses de prisão, suspensa na execução por igual período, acompanhado de sujeição do arguido a regime de prova, mediante plano individual de readaptação social a realizar pela DGRS.

Por força do princípio da livre apreciação da prova, seus limites, e do princípio da presunção de inocência, que em sede probatória se concretiza no princípio *in dubio pro reo* resulta que:

Quanto aos factos dados como provados pelo respetivo Tribunal Coletivo, verificou-se pouca clareza nos mesmos, evidenciando dúvidas, ilações tiradas pelo julgador de factos que não constam da prova direta, designadamente, o conhecimento, por parte do arguido, da idade da ofendida I no momento da prática dos crime, o facto de esta poder ter ocultado a sua idade, “perguntas” sobre as quais pairam grandes dúvidas, pela pouca ou nenhuma objetivação que mereceram e, consequentemente, as respostas só poderiam ser obscuras, pouco elucidativas, criando uma fraca convicção quanto à verdade dos factos.

Constatam-se ainda grandes incertezas relativamente à experiência sexual das vítimas. Não foi sequer questionada a virgindade das mesmas.

Ponto de extraordinária importância, não fosse a inexperiência considerada um dos elementos do tipo, no crime de ato sexual com adolescente. Crime, aliás, em que o arguido foi condenado relativamente à ofendida, G.

A motivação da factualidade provada revela incerteza e obscuridade quanto às situações apontadas. Exalta-se e faz-se a apologia do sofrimento das ofendidas sem o suporte fáctico correspondente.

Mais se afirma, a p. 14 do presente acórdão, o seguinte: “No que respeito ao facto de o arguido conhecer a idade das ofendidas, teve-se em conta o facto do próprio arguido admitir que as jovens lhe foram apresentadas pela mãe, o que a arguida Orquídea confirmara, sendo que lhes deu boleia uma vez, assim, não se afigurando credível que o arguido conhecesse a idade das jovens...”

Todos sabemos que a atividade de julgar, no sistema jurídico-penal português, de acordo com o princípio da livre apreciação da prova, implica uma atividade algo subjetivante, muito embora a convicção do tribunal tenha de assentar em critérios objetivos que forneçam credibilidade ao julgamento dos factos. O crivo valorativo do tribunal, apesar de apelar à experiência, tem de possuir fundamentação. Em bom rigor, cremos que a passagem do acórdão evidencia uma extrapolação emotiva face aos ilícitos em apreço.

Acreditamos que o princípio da livre apreciação da prova conjugado com o dever de fundamentação das decisões dos tribunais impõe uma apreciação crítica exaustiva, racionalmente motivada, parametrizada pelos critérios legais da produção e da valoração da prova. Só na sua falta ou insuficiência deveremos socorrer-nos das regras da ciência, da lógica e da experiência. A apreciação deve constar da fundamentação. Só a objetividade e a motivação proporcionarão que a decisão se imponha *de per si*.<sup>22</sup>

Lamentavelmente, não foi o que aconteceu na sentença em causa.

Ficamos estupefactos com o raciocínio do Coletivo assente, sobretudo, em “suposições” contextualizadas e suportadas pelo meio vivencial das ofendidas, o qual terá, certamente, a importância devida, mas não fará parte do manancial de prova produzida, nem ajudará na sua concretização. Ajudará certamente ao discernimento sobre os factos, sobre o que realmente sucedeu, como sucedeu e porque sucedeu...

O juiz deve decidir sobre provas concretas, resultantes da discussão da causa em audiência, de acordo com o disposto no artigo 355º do CPP.

O tribunal não pode deixar de mover-se por critérios legais de apreciação da prova, não pode sedimentar a sua decisão em conjeturas emanadas de sentimentos vaiados de compaixão e fragilidade.

Face ao acervo probatório alcançado, deve o tribunal assumir a posição que mais favorece o arguido. Na dúvida, deve decidir a favor do arguido.

Também a carga pejorativa e a vivência societária que determinados crimes arrastam deve ser consciencializada pelo juiz, evitando-se a “permeabilidade emotiva”. Não foi, realmente, o que sucedeu durante o iter processual do caso em análise.

Somos, naturalmente, compelidos a concluir que os factos dados como provados e que fundamentaram o acórdão condenatório, pelos crimes de abuso sexual de criança e de prática sexual com adolescente, numa pena de 4 anos e três meses de prisão, do arguido **M**, não possuem sustentação probatória suficiente, em razão das dúvidas que, concretamente, se colocam sobre o conhecimento do arguido da idade da ofendida Inês e da inexperiência sexual da ofendida, G.

---

<sup>22</sup> Cf. Palestra sobre o tema: Presunção de Inocência do Arguido/Prova por presunções, sem Autor, conferência no CEJ, consultado dia 15.06.2012 em [www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/.../valora\\_prova\\_ppenal.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/.../valora_prova_ppenal.pdf)

Não nos podemos olvidar que o conhecimento da idade da vítima, menor de 14 anos, é um elemento objetivo do tipo, abuso sexual de criança, bem como a inexperiência, no crime de atos sexuais com adolescente. Aliás, neste último, importa ainda a demonstração do nexo de causalidade entre o abuso da inexperiência e a conduta típica, cópula, coito...Não ficou, claramente, demonstrado o seu não consentimento para o ato. Logo não estará preenchido o tipo.

### **B) Erro sobre a factualidade típica**

Em direito penal a problemática do erro coloca-se a propósito dos tipos dolosos. São estes que fornecem os elementos que o agente deve realizar para que se verifique o dolo.

Para que exista dolo do tipo é necessário que o agente tenha conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito.

Impõe-se, deste modo, que aquele “conheça, saiba, represente correctamente ou tenha consciência que preenche um tipo de ilícito objectivo. (...) O que se pretende é que, ao actuar, o agente conheça tudo o quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito”.<sup>23</sup>

A tudo isto acresce a necessidade de o agente conhecer o sentido e o significado do tipo legal e o resultado da subsunção dos factos, nesse mesmo tipo, no momento da acção.

Relativamente ao crime de abuso sexual de criança, crime em que o arguido é condenado, releva o dolo e, de acordo com a contextualização dos factos provados e não provados, impor-se-á discutir o erro do agente sobre a factualidade típica.

Nos crimes sexuais, a falta de representação da idade será relevante, excluindo o dolo.<sup>24</sup>

**Ora, não tendo ficado demonstrado que o arguido conhecia a idade da ofendida I, “faltando ao agente conhecimento da totalidade das circunstâncias, de facto ou de direito, descritivas ou normativas do facto, o dolo do tipo não pode afirmar-se”.**<sup>25</sup>

Tudo isto integra a previsão normativa do artigo 16º, nº 1, do C. Penal.

Vejamos,

O tipo de ilícito em causa não é punível a título de negligência, mas somente a título de dolo.

No entanto, faltando os pressupostos do dolo do tipo, este não chega sequer a constituir-se.

**Logo os fatos praticados pelo arguido não integram o tipo de ilícito, p. e p., pelo artigo 171º, nº 1, na redação do C. Penal anterior à lei nº 59/2007.**

---

<sup>23</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal; Parte Geral; Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 351

<sup>24</sup> Cf. Correia, Eduardo, Direito Criminal, Volume I, Coimbra, Almedina, 2001, p.396

<sup>25</sup> Vide nota anterior.

### Conclusões:

1 – O princípio da livre apreciação da prova não significa que o julgador possa valorá-la segundo o seu livre arbítrio.

2 – A valoração tem assentar num manancial probatório.

3 – O juízo crítico e rigoroso sobre a prova produzida na audiência de julgamento não pode traduzir-se numa operação puramente subjetiva, emocional e imotivável.

4 – O juízo crítico e rigoroso sobre a prova e a sua ligação a cada facto a provar é o momento fulcral para obtermos uma decisão de qualidade.

5 - O princípio da livre apreciação da prova não é absoluta, deve ser limitado, designadamente, pelo respeito da presunção de inocência e da salvaguarda do princípio do *in dubio pro reo*.

6 – Este último implica que não possamos considerar provados os factos, que apesar da prova produzida, não possam ser subtraídos à dúvida razoável do tribunal.

7 – Sempre que o tribunal se depara com um *non liquet*, facto pouco claro que suscite dúvidas, deverá, o mesmo, ser valorado probatoriamente a favor do arguido.

8- Relativamente aos factos, idade da ofendida I e inexperiência sexual da ofendida G, bem como o seu não consentimento para o ato, respetivamente crime de abuso sexual de criança e crime de ato sexual com adolescente, os mesmos não assentam em manancial probatório irrepreensível quanto à clareza dos mesmos. Bem pelo contrário, instala-se quanto a eles a dúvida razoável.

9 – “*A proibição de prova relacionada com o princípio da imediação constitui um vício do modo de convicção do tribunal, cuja repercussão é a nulidade da prova proibida quando ela venha a ser valorada na sentença (artigo 32, nº8 da CRP)*”.<sup>26</sup>

10 – A sentença poderá ser impugnada nos termos do artigo 379 do CPP.

11 – Mesmo que assim não se entenda, a inexperiência da ofendida G, não se encontrando provada nos autos e constituindo um elemento do tipo, prática sexual com adolescente, levará a que o arguido não possa ser punido por aquele tipo de ilícito. Também a prova inconclusiva e duvidosa do não consentimento para o ato afastará o referido ilícito.

---

<sup>26</sup> Cf. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2007, pp. 333 e 334.

**12 – Quanto à ofendida I, o conhecimento da idade por parte do agente é também um elemento do tipo, crime de abuso sexual de criança. Logo, não provado, não haverá preenchimento do tipo, não se verificando o tipo de ilícito em causa.**

**13 – Em suma, o arguido deverá ser absolvido dos crimes em que foi condenado.**

MARIA JOÃO MIMOSO  
*Doutora em Direito*  
*Docente na Universidade Portucalense Infante D. Henrique*

BÁRBARA MAGALHÃES  
*Mestre em Direito*  
*Docente na Universidade Portucalense Infante D. Henrique*

---

Novembro de 2012 | [verbojuridico.net](http://verbojuridico.net)